

PIETRO QUINTO
(Avvocato)

I rilievi (critici) dell'Adunanza del Consiglio di Stato al Codice degli appalti e qualche ulteriore riflessione

Con una deliberazione di 227 pagine, il Consiglio di Stato, in sede consultiva (Adunanza della Commissione speciale del 27 marzo 2016), ha fornito il parere richiesto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sulla nuova codificazione in materia di contratti pubblici relativa a lavori, servizi e forniture.

Sono sufficienti le premesse e le considerazioni che introducono l'esame delle singole disposizioni dell'emanando Codice per avere la netta impressione che, probabilmente, il legislatore sia partito con il piede sbagliato e che l'eccessiva fretta possa produrre non poche complicazioni nonché confusione ed incertezze in termini di effettiva operatività del Codice.

E' pur vero che il dato di partenza – rilevano i Giudici di Palazzo Spada nel loro parere – non è confortante: il Codice del 2006, nonostante la clausola di «riserva di Codice» in essa contenuta, nell'arco di 10 anni è stato plurimodificato «non di rado con norme eccentriche contenute in altri atti normativi». In particolare, si sono registrati 52 atti normativi di modifica nonché sei regolamenti incidenti, comunque, sulle norme

del Codice. La complessità e la stratificazione normativa di settore hanno comportato altresì molteplici interventi della giurisprudenza amministrativa e dell’Autorità di Vigilanza per dirimere incertezze e contrasti applicativi.

Sono richiamate in proposito ben 48 decisioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in materia di appalti solo a partire dal 2011, data di entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo.

Ecco perché alla luce delle pregresse esperienze non del tutto confortanti ci si attendeva una riforma del settore che, oltre ad una puntuale applicazione delle tre nuove direttive comunitarie (23, 24 e 25 del 2014), attuasse una riforma complessiva della materia, traendo utili insegnamenti della passata esperienza. Il primo errore – si legge nel parere del Consiglio di Stato – è stato compiuto dal Governo con la scelta, tra le diverse possibilità indicate dalla legge delega, di utilizzare un unico termine sia per il recepimento della direttiva, ma anche per il riordino complessivo della materia. Da qui la scadenza del 18 aprile 2016, cioè il termine che la direttiva assegna ai legislatori nazionali per il loro recepimento. Se il Governo avesse utilizzato l’alternativa offerta dalla legge di delega, rispettando il termine del 18 aprile solo per il recepimento delle direttive ed utilizzando il più lungo termine del 31 luglio per il riordino complessivo del Codice, il maggior tempo a disposizione avrebbe consentito una necessaria ed utile riflessione, con una più larga partecipazione, per perseguire, con coerenza ed efficacia

gli obiettivi da tutti auspicati: un Codice snello, ma immediatamente operativo; una formulazione delle norme chiara e precisa senza sbavature linguistiche e senza sovrabbondanza di commi e sottocommi; l'effettivo rispetto del divieto del *gold plaiting* evitando cioè l'introduzione di istituti più onerosi del «minimo comunitario»; il necessario contemperamento dell'esigenza di accentramento delle centrali di committenza, di selezione dei componenti delle commissioni di gara, di qualificazione delle imprese, di nuovi metodi di affidamento sopra soglia, ma altresì di procedure semplificate per gli appalti sotto soglia, in uno con la fondamentale esigenza di non sminuire e/o ridurre gli spazi di controllo amministrativo e giurisdizionale avuto riguardo alla constatazione fondamentale che il settore degli appalti pubblici è un fertile *humus* dei fenomeni corruttivi e di distorsione del mercato. Si legge testualmente nel parere del Consiglio di Stato che un «Codice», in quanto tale, richiede un *quid pluris* rispetto alla semplice raccolta di testi normativi in termini di chiarezza ed esaustività. Ma per ottenere ciò «una codificazione richiede tuttavia un periodo adeguato di ricognizione delle norme e della giurisprudenza, ricostruzione, confronto con gli operatori del settore, al fine di confezionare regole chiare, univoche ben coordinate». Nella realtà – prosegue il giudizio della Commissione normativa di Palazzo Spada - «il testo del Codice risente dei tempi ristretti, e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben

coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura dell'articolato».

Da qui muove l'analisi critica del Consiglio di Stato sulle singole disposizioni del Codice, con molteplici proposte emendative e di correzione dell'articolato, funzionali alle attese ed alle aspettative degli operatori del settore e delle stazioni appaltanti.

Per quel che riguarda l'oggetto del presente scritto, e che attiene con immediatezza all'interesse di tutti i protagonisti pubblici e privati degli appalti, meritano di essere approfonditi due argomenti di forte criticità evidenziati, tra gli altri, nel parere del Consiglio di Stato: la complessità dell'attuazione del nuovo Codice all'indomani della sua approvazione se rimarrà ferma la data del 18 aprile e se non saranno introdotti significativi aggiustamenti; il sistema delle tutele giurisdizionali e l'accessibilità degli operatori al sistema giustizia.

Il Codice ha abbandonato il modello del regolamento esecutivo (quello del vecchio codice era stato approvato con il DPR 207/2010), prevedendo, in modo condivisibile, una regolamentazione flessibile e dichiaratamente semplificata. Accade però che per la realizzazione di siffatta prospettiva le norme del Codice, secondo il censimento operato dal Consiglio di Stato, prevedono ben 50 decreti attuativi, così distinti: 16 del MIT; 15 atti dell'ANAC di varie ed incerta (sotto il profilo giuridico) natura regolamentare e di indirizzo; 4 D.P.C.M.; 15 decreti di altri Ministeri; 1 atto demandato a Consip ed altre centrali di

committenza. L'emissione di tali atti è fondamentale per l'effettiva attuazione del sistema normativo del Codice. Ed allora l'obiettivo di una regolamentazione sintetica ed unitaria rischia di perdersi nella moltiplicazione degli atti attuativi. «Si può quindi determinare – afferma il Consiglio di Stato – un periodo di confusione ed incertezza applicativa, non rispettosa del principio di delega che chiede un' «ordinata transizione» tra il vecchio e nuovo».

Si sorvola, in questo scritto, sulle articolate e condivisibili considerazioni del Consiglio di Stato per la discutibile natura giuridica degli atti attuativi del Codice e sulle incerte modalità di redazione e di loro qualificazione. In molti casi si tratterà di procedimenti e provvedimenti soggetti ad impugnativa giurisdizionale così come è normativamente previsto per tutti i provvedimenti di regolamentazione dell'ANAC.

Ciò che rileva, occorre ribadirlo, sono i criteri della legge delega, tra i quali – come evidenziato dal Consiglio di Stato – v'è quello che siano garantiti «l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina». Orbene se è vero che l'art. 216 prevede che le disposizioni del Codice emanando saranno applicabili alle procedure ed ai contratti i cui bandi ed avvisi siano pubblicati successivamente all'entrata in vigore di quest'ultimo, il rispetto del criterio posto dalla legge delega impone che l'abrogazione del D.P.R. 207/2010 venga differito alla piena operatività del Codice. Addirittura,

la Commissione normativa di Palazzo Spada – diversamente dall’annunciata proposta di rinvio di soli tre mesi – suggerisce la data del 11 giugno 2018, cioè due anni dopo l’entrata in vigore del Codice!

Al problema di coordinamento e di transizione in chiave generale si deve infatti aggiungere che – come specificato nell’art. 216, comma 2, numerose norme del Codice contengono specifici regimi transitori nelle more dell’emanazione dei decreti ministeriali o linee guida dell’ANAC. Sicchè è davvero impensabile una abrogazione ravvicinata del D.P.R. 207. Ed è per questo, oltre che per «una corretta tecnica di redazione normativa di un atto qualificato come «Codice», che il Consiglio di Stato auspica che tutti i regimi transitori indicati nelle molteplici disposizioni del Codice siano collocati in un articolo finale. In particolare, si segnala nel parere in esame che anche le disposizioni attualmente contenute nel comma 3 dell’art. 84, relative ad una revisione straordinaria della SOA (materia particolarmente delicata), andrebbero spostate tra le disposizioni transitorie. Nella prospettiva immediata rimarrà comunque la obiettiva difficoltà in termini fattuali di un coordinamento formale e sostanziale della nuova disciplina codicistica e dei suoi istituti con le disposizioni del regolamento 207/2010 (conformato sulla vecchia disciplina degli appalti), da utilizzare in regime di *prorogatio*.

A proposito poi del contenzioso disciplinato nell’art. 204, il parere del Consiglio di Stato sembra condividere quei rilievi sollevati da chi scrive

(LexItalia n. 3/2016, 7 marzo 2016 «I ricorsi al TAR nel nuovo Codice degli appalti»), fatti propri da tutte le Associazioni rappresentative dell'Avvocatura Amministrativa, secondo cui «la tutela giurisdizionale proprio nel settore degli appalti pubblici, secondo i principi comunitari non può essere ostacolata, resa eccessivamente difficile, mutilata della tutela cautelare». Le nuove disposizioni processuali, imponendo l'immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, pur finalizzate alla concentrazione del processo amministrativo, per non ledere i diritti degli operatori che intendono censurare l'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, richiedono, in considerazione dei tempi ristretti e dei costi processuali, - afferma il Consiglio di Stato - una tempestiva ed effettiva accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni (non è invece condiviso l'obbligo di impugnativa immediato della composizione delle Commissioni di gara, non previsto dalla legge di delega), ed una «rimodulazione» del contributo unificato. Si legge in proposito a pag. 54 del parere: «Dovrà anche valutarsi una riflessione sulla misura del contributo unificato, al fine di non rendere la tutela giudiziaria (articolata in struttura bifasica, con la doppia impugnazione degli atti di ammissione/esclusione e della successiva aggiudicazione) troppo complessa e costosa».

La tutela giurisdizionale ed i poteri dell'ANAC: un P.M. nel

processo amministrativo?

Sul tema della tutela giurisdizionale non si può invece convenire con il parere del Consiglio di Stato circa la proposta di riformulazione dell'art. 211, secondo comma, del Codice, che disciplina i pareri di precontenzioso dell'ANAC. Nel precedente intervento già richiamato, chi scrive aveva commentato la disposizione, stigmatizzando la previsione di un intervento «surrogatorio» dell'ANAC, in termini di invito nei confronti della stazione appaltante all'esercizio del potere di autotutela per colmare le limitazioni del contenzioso giurisdizionale introdotte nella specifica materia. Rilevavo in quell'intervento che i provvedimenti di autotutela avrebbero determinato un ulteriore contenzioso parallelo ed aggiuntivo con riferimento alla verifica dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela ai sensi degli artt. 21 - opties e 21 - nonies della legge 241/90. Sicchè, da un lato, si persegue l'obiettivo di limitare il contenzioso giurisdizionale, e, dall'altro, si creano le condizioni per un diverso ed ulteriore contenzioso, peraltro senza una limitazione temporale. Citavo, in proposito, una recente vicenda, non ancora definita in sede giudiziale, riguardante una importante opera strategica di interesse nazionale da realizzare nel Salento, incagliata per un contenzioso su un provvedimento di autotutela.

La formulazione dell'art. 211 viene contestata nel parere del Consiglio di Stato in termini di compatibilità con il sistema delle autonomie e per

la eccessiva ingerenza dell'ANAC rispetto alla discrezionalità dell'autotutela. Per evitare ciò il Consiglio di Stato propone però di generalizzare al massimo la previsione normativa (art. 21 bis della legge 287/1990) che conferiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato una legittimazione processuale (straordinaria n.d.r.).

L'art. 211, nella riformulazione proposta dalla Commissione, prevede quindi che l'ANAC sia legittimata ad agire in giudizio contro tutti gli atti generali ed i provvedimenti di qualsiasi stazione appaltante «che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». In buona sostanza, si introduce la figura del pubblico ministero nel processo amministrativo e nella specifica materia. Sicché al contenzioso delle parti private (contingentato e limitato in termini di onerosità e di tempi ristretti, con effetti decadenziali), si sostituisce un generale potere di impugnativa dell'ANAC, avulso dalle scadenze temporali ordinarie, atteso che è previsto un termine di 30 giorni, successivo però alla comunicazione del parere inevaso della stazione appaltante ed alla scadenza del termine assegnato di 60 giorni per provvedere in via amministrativa.

Non è invece previsto alcun termine entro il quale l'ANAC debba segnalare alla stazione appaltante «gli specifici profili delle violazioni riscontrate», e neppure quali siano i vizi da far valere in ricorso. Il risultato è, per un verso, che gli operatori di settore e le amministrazioni continuano ad incontrare limiti ed ostacoli per

introdurre l'ordinario contenzioso, espressione di un diritto costituzionalmente riconosciuto e riaffermato dal diritto europeo, nel mentre vi sarà una Autorità amministrativa che, senza alcun limite ed onere, potrà introdurre con l'Avvocatura dello Stato ricorsi giurisdizionali contro le altre amministrazioni pubbliche in qualsiasi tempo ed in base a qualsivoglia segnalazione e sollecitazione pubblica e privata ed anche a termini ordinari scaduti!

Le distorsioni di siffatta proposta sono di tutta evidenza ed incidono negativamente sul sistema della Giustizia amministrativa e sui principi fondamentali del Codice del processo oltre che sulla gestione degli appalti e sulle esigenze di certezza e stabilità dell'agire amministrativo. E' quindi auspicabile – ad avviso di chi scrive – che tale proposta non venga recepita, mentre venga ulteriormente ridimensionata l'ingerenza in sede giurisdizionale dell'ANAC.

A questo punto non resta che attendere la fatidica data del 18 Aprile ed augurarsi una ulteriore riflessione perché il vero problema del nostro Paese non è quello di fare le leggi, bensì quello di fare buone leggi.